

15

JUL/AGO 2009

Coordenação

Ives Gandra da Silva Martins
João Bosco Coelho Pasin

Conselho Editorial

Ademar Pereira
Alcides Jorge Costa
André L. Costa-Corrêa
Antonio Carlos Rodrigues do Amaral
Antonio Jorge Pereira Jr.
Carlos Mário da Silva Velloso
Castro Meira
Claudia Fonseca Morato Pavan
Cláudio S. Lembo
Edison Carlos Fernandes
Edvaldo Pereira de Brito
Eliana Calmon
Fátima Fernandes R. de Souza
Francisco Pedro Jucá
Francisco Rezek
Gilmar Mendes
Hugo de Brito Machado
Humberto Ávila
José Augusto Delgado
Kiyoshi Harada
Marilene Talarico M. Rodrigues
Maurício Pereira Faro
Meigan Sack Rodrigues
Misabel Abreu Machado Derzi
Monica Herman Salem Caggiano
Nelson Jobim
Newton De Lucca
Regina Helena Costa
Rogério Vidal Gandra da Silva Martins
Roque Antonio Carrazza
Sacha Calmon Navarro Coêlho
Sepúlveda Pertence
Zélia Luiza Pierdoná

Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas

Caderno de Direito Comparado



magister
Editora



**Centro de
Extensão
Universitária**

www.editoramagister.com

www.ceu.org.br

O Regime Fiscal da Subcapitalização na União Europeia e nas Relações com Países Terceiros: uma Síntese

NINA AGUIAR*

Investigadora e Membro do CIJE – Centro de Investigação Jurídico-Económica, Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Professora Adjunta no Instituto Politécnico de Bragança (Portugal).

RESUMO: A escolha da forma de financiamento de uma sociedade, através de capitais próprios ou de capitais alheios, pode influenciar decisivamente a carga fiscal a que a mesma fica sujeita. Quando o financiamento é feito, directa ou indirectamente, por uma entidade não residente a uma entidade residente, o efeito fiscal pode ser altamente pernicioso, ao permitir transferir rendimento tributável, sob a forma de juros, de uma jurisdição para outra, pondo em causa o direito dos Estados a tributarem os rendimentos gerados no seu território. Até hoje, uma forma clássica de impedir este efeito consistia em colocar um limite objectivo aos juros dedutíveis, quando estes fossem devidos a uma entidade não residente. Actualmente, porém, discute-se a compatibilidade desta fórmula tanto com o direito comunitário como com as diversas convenções bilaterais sobre dupla tributação. Para o futuro, o regime anti-subcapitalização nestes dois subsistemas deverá evoluir no sentido de uma maior, embora não total, harmonização.

1 Introdução

1.1 Como o Caso *Lankhorst-Hohorst* Afectou os Regimes Fiscais da Subcapitalização na União Europeia

Em termos gerais, podemos dizer que nos encontramos perante um caso de subcapitalização quando, em relação a uma concreta estrutura

* A Autora agradece a revisão deste artigo, que foi gentilmente realizada pela Professora Doutora Maria de los Angeles García Frías, professora associada da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca e actualmente letrada do Tribunal Constitucional de Espanha. A Autora agradece ainda o inestimável contributo crítico do Dr. João Félix Nogueira, investigador do grupo "Impostos e Gasto Público", da Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela.

económico-productiva, se constata existir “uma acentuada desproporção entre o capital próprio (...) e o seu nível de endividamento para com os titulares do capital ou com outras entidades com quem existam relações especiais”¹. Em si mesmo considerado, não se trata de um fenómeno exclusivamente ou, sequer, eminentemente tributário. A sua relevância em sede de direito fiscal surge com o diferente tratamento tributário conferido às diversas estratégias de financiamento societário².

Em virtude desse diferente tratamento, propagado a nível internacional, a subcapitalização apresenta-se como um expediente particularmente apetecível, por parte dos agentes económicos, para o desenvolvimento de estratégias de planeamento e evasão fiscal. Dada a intensificação, nas últimas duas ou três décadas, do recurso à subcapitalização com este último intuito, os Estados, no seguimento de orientações providas de várias organizações internacionais, foram adoptando, nos seus ordenamentos jurídicos internos, determinados limites a essas manobras – as chamadas *thin cap rules*.

Até a decisão do caso *Lankhorst-Hohorst*³ pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), em dezembro de 2002, uma boa parte dos sistemas fiscais da União Europeia incorporava regimes de subcapitalização baseados no critério da residência da entidade credora dos juros⁴, i.e., que, directa ou indirectamente, acabavam por incidir apenas sobre os não residentes ou, de algum modo, acabavam por fazer incidir sobre estes um tratamento menos favorável do que o concedido a residentes⁵.

A razão pela qual alguns regimes fiscais relativos à subcapitalização fazem esta diferenciação relativa à residência do credor mutuante é sobejamente

1 LOUSA, M. P. As regras fiscais sobre subcapitalização. In: *Ciência e técnica fiscal*, n. 383, jul./set. 1996, p. 14.

2 Em regra, e ao que ao presente caso interessa, o financiamento de uma sociedade através de entradas de capital, sejam originárias ou supervenientes, conduz à distribuição de lucros, os quais, após terem sido objecto de tributação na esfera da sociedade, são subsequentemente tributados na pessoa dos sócios beneficiários, ficando em regra sujeitos à retenção na fonte. Por seu turno, se a estratégia de financiamento for a concessão de empréstimos, os lucros da empresa podem metamorfosear-se em juros pagos aos mutuantes, os quais podem ser os mesmos sócios, sendo tais juros dedutíveis ao lucro fiscal e não sendo, portanto, objecto de tributação na sociedade mutuária. (Sobre a utilização de estratégias de subcapitalização como método para eliminar a dupla tributação económica dos lucros, D'ABRUZZO, G. *Thin Capitalization Rule. Alla Difficile Prova del Principio di Non Discriminazione e del Sindacato di Ragionevolezza. Bollettino Tributario*, n. 22, 2003, p. 1620). Note-se ainda que a taxa de retenção na fonte a que os juros estão sujeitos é, regra geral, mais baixa do que a incidente sobre os dividendos.

3 TJCE; Acórdão de 12.02.02; Proc. C-324/00; *Lankhorst-Hohorst*.

4 Sobre a matéria, cfr. TORRES, M. A. As normas contra a subcapitalização e o caso *Lankhorst*. *Fiscalidade*, n. 13/14, 2003, p. 142; e GOUTHIERE, B. A Comparative Study of the Thin Capitalization Rules in the Member Status of the European Union and Certain other State. Introduction. *European Taxation*, v. 45, n. 9, 2005.

5 CALDERÓN CARRERO, J. Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad con los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario. *Cronica tributaria*, n. 76, 1995, p. 13 a 59.

conhecida. O endividamento só tem o carácter de prática fiscal abusiva quando através dele se possa obter uma redução do imposto⁶. Uma das situações em que ocorre redução do imposto é aquela em que, através do endividamento, se transfere uma parcela da base tributável de uma jurisdição fiscal para outra, quando nesta segunda a mesma base tributável fique sujeita a uma tributação inferior. E, embora haja outras situações em que a subcapitalização pode permitir uma redução de imposto, algumas representando uma poupança fiscal ao nível puramente interno do Estado e outras a nível internacional⁷, é na transferência de lucros de uma jurisdição de tributação elevada para uma jurisdição de tributação mais baixa que incide o principal objectivo visado pela prática da subcapitalização abusiva⁸. Por esta razão, os Estados europeus não viam, até recentemente, interesse relevante em colocar limitações ao endividamento no âmbito de operações puramente internas⁹ ou não viam um interesse que justificasse nessa situação a onerosidade administrativa de um mecanismo de actuação contra a subcapitalização.

Exemplo deste tipo de regime fiscal era, como é ainda, o português, em que a norma fiscal¹⁰ determina a desqualificação dos juros – cominando a sua não aceitação como custos – que fossem devidos em consequência de uma operação de financiamento por capitais alheios, nos casos em que o pagamento dos mesmos fosse feito por um ente residente a favor de um não residente e

6 De outra natureza é o problema da subcapitalização no direito comercial, em que os efeitos nocivos que em geral se associam à situação de subcapitalização se verificam no plano das relações de direito privado, independente da origem interna ou externa dos fundos mutuados. Sobre a problemática da subcapitalização no direito privado, a qual é de uma enorme relevância também para uma correcta abordagem da questão no plano fiscal, existe uma vasta bibliografia da qual citamos apenas como exemplos: ESTEVE PARDO, M. L. Presupuestos objetivos de aplicación del régimen de subcapitalización. *Revista de contabilidad y tributación*, n. 216, 2001, p. 3-20; e VEGA BORREGO, F. A. La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del derecho comunitario, *Crónica tributaria*, n. 104, 2002, p. 92 e ss.

7 Sobre as diferentes formas como a subcapitalização pode induzir uma redução da carga fiscal, VEGA BORREGO, F. A., op. cit., p. 89 e ss.

8 Neste sentido, v.g., LOUSA, M. P., op. cit., p. 10; KESSLER, W. e KNÖRTER, D. The implications of the (reverse) ban on interest. *Tax Notes International*, v. 50, n. 5, 2008, p. 427; GOUTHIERE, B. A *Comparative...*, cit., p. 367; ESTEVE PARDO, M. L., op. cit., p. 8. Como referem CORDÓN EZQUERRO, T. e GUTIÉRREZ LOUSA, M. La subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación. In: CORDÓN EZQUERRO, T. (Coord.). *Manual de fiscalidad internacional*, p. 310, outras vantagens fiscais poderão ser visadas, como escapar à incidência do imposto sobre a constituição e o aumento do capital social, evitar a dupla tributação económica dos lucros, nos sistemas que a não suprimam e, no caso de o mutuante ser um não residente, uma diminuição do imposto pago por retenção na fonte, em relação à hipótese de financiamento por capitais próprios (comparem-se, sobre este último aspecto, os artigos 10º e 11º da Convenção Modelo da OCDE sobre tributação do rendimento e do capital).

9 Isto no que diz respeito, estritamente, ao plano fiscal da subcapitalização. Já no plano das relações civis, a subcapitalização tem outras implicações e efeitos perniciosos, que poderiam justificar a sua regulamentação. Sobre o ponto, CORDÓN EZQUERRO, T. e GUTIÉRREZ LOUSA, M., op. cit., p. 304-306.

10 Sobre o regime português, TEIXEIRA, G. *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 138 e ss; e também TORRES, M. A., op. cit., p. 127-144.

o endividamento excedesse um determinado *ratio* em relação ao capital da entidade mutuária¹¹.

A norma alemã, sobre a qual se pronunciou o Tribunal de Justiça no caso *Lankhorst-Hohorst*, tinha uma estrutura bastante semelhante à da norma portuguesa descrita. Como especificidade, é de notar o facto de a aplicabilidade do regime alemão não assentar directamente no critério da residência, mas no facto de uma sociedade beneficiar ou não do “crédito de imposto” relativo à eliminação da dupla tributação económica dos lucros¹². O tribunal, contudo, concluiu que esse critério poderia ser assimilado ao da residência, pois as sociedades residentes beneficiavam, na grande maioria dos casos, do crédito de imposto ao passo que, regra geral, as sociedades estrangeiras dele não beneficiavam¹³ pelo que os efeitos práticos da utilização do critério do “crédito de imposto” e o da “residência” poderiam ser assimilados¹⁴.

11 A introdução de um regime sobre subcapitalização no direito fiscal português data de 1996 e consta hoje do artigo 61º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 442-B/88, de 30 de novembro. Este regime, que não sofreu desde então alteração estrutural, assenta no chamado método de *ratio* fixo (*fixed ratio approach*). O regime é apenas aplicável em situações de endividamento “de um sujeito passivo residente para com entidade que não seja residente em território português ou em outro Estado-Membro da União Europeia” (esta última condição, de residente fora da União Europeia, foi acrescentada em 2005, já na sequência da decisão *Lankhorst-Hohorst*) e se, além disso, existirem “relações especiais” entre o sujeito passivo devedor e a entidade não residente credora dos juros. A lei dá, em seguida, uma complexa e casuística definição de relações especiais que segue de perto as orientações da OCDE sobre a matéria (TEIXEIRA, G., op. cit., p. 141, em esp. nota 245). Mas além disso, a norma equipara à existência de relações especiais entre devedor e credor a “situação de endividamento do sujeito passivo para com um terceiro (...) em que tenha havido prestação de aval ou garantia por parte de uma entidade com quem o sujeito passivo esteja em situação de relações especiais. A terceira condição para a aplicação do regime é que o endividamento seja “excessivo”, dizendo a norma que tal acontece – e trata-se de uma presunção *juris tantum* – “quando o valor das dívidas em relação a cada uma das entidades referidas nos números anteriores, com referência a qualquer data do período de tributação, seja superior ao dobro do valor da correspondente participação no capital próprio do sujeito passivo”. Quando o conjunto destes requisitos se verificar, a consequência é a não dedutibilidade dos juros suportados. A norma não determina, portanto, a requalificação dos juros não aceites como dividendos, o que significa que, para efeitos de tratamento dos juros pagos ao nível dos beneficiários, estes poderão continuar a ser tratados como juros. Finalmente, a norma prevê a possibilidade de o contribuinte afastar a aplicação do regime quando demonstre, tendo em conta critérios também fixados pela normas, que podia ter obtido o mesmo nível de endividamento e em condições análogas”.

12 As normas em matéria de subcapitalização, constantes da *Körperschaftsteuergesetz* alemã, na versão vigente entre 1996 e 1998 eram as seguintes “§ 8º (financiamento pelos sócios) nº 1 – A remuneração do capital externo que uma sociedade de capitais, sujeita a tributação sem qualquer limitação, tenha recebido de um sócio sem direito a crédito de imposto que, no decurso do exercício em causa, tenha detido uma participação substancial no capital social inicial da sociedade, será considerada uma distribuição encoberta de dividendos quando (...) 2. Haja sido acordada uma remuneração por referência a uma fracção de capital e o capital externo seja mais de três vezes superior ao capital próprio correspondente à participação do referido sócio no decurso do exercício, a menos que a sociedade tivesse podido obter o referido capital externo de outra entidade terceira em igualdade de condições ou se o capital externo constituir um empréstimo destinado a financiar operações bancárias habituais”.

“§ 51 do KStG (Exclusão do benefício da dedução fiscal e da compensação do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas). Se as receitas na acepção do § 20, nº 1, primeiro a terceiro parágrafos, ou nº 2, segundo parágrafo, alínea a) não derem lugar à tributação dos sócios, ou se, nos termos do § 50, nº 1, primeiro ou segundo parágrafos, não forem incluídas na matéria colectável, está excluída a hipótese de uma dedução fiscal e de uma compensação do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas nos termos do § 36, nº 2, terceiro parágrafo, da *Einkommensteuergesetz* (lei relativa ao imposto sobre os rendimentos das pessoas singulares)

13 Cfr. § 28 do acórdão citado.

14 TJCE, *Lankhorst-Hohorst*, cit., §§ 27 e 28.

A solução alemã não constituía, a este respeito, uma originalidade daquele ordenamento. Normas similares podiam ser encontradas em ordenamentos internos de vários outros Estados-Membros.

Um bom exemplo é dado pelo ordenamento do Reino Unido. Também neste sistema se previa a desqualificação dos juros devidos pela utilização de capitais alheios em caso de subcapitalização. No entanto, ao contrário dos dois exemplos anteriores, a norma inglesa não estabelecia um limite fixo ao endividamento. A aplicação do regime ficava dependente de se demonstrar não ter a transacção na origem dos juros sido efectuada em condições de plena concorrência (*at arm's length*). Sublinha-se, porém, que a norma inglesa, do mesmo modo que a norma portuguesa e a norma alemã, também limitava a aplicação do regime de subcapitalização às situações em que a entidade credora dos juros fosse não residente em território do Reino Unido¹⁵.

Numa perspectiva de direito comparado, encontramos ainda outros exemplos de regimes de subcapitalização que assentam no mesmo critério do tratamento diferenciado dos sujeitos com base no critério da residência ou de critérios que a este poderiam ser assimilados. A título de exemplo poderíamos mencionar os ordenamentos francês e espanhol¹⁶ e, em certos aspectos, o belga¹⁷.

A decisão proferida sobre o caso *Lankhorst-Holhorst* colocou, pois, em crise todos estes sistemas de tributação das situações de financiamento por capitais alheios. Nessa decisão, o Tribunal considerou que a norma alemã vigente à data dos factos, estabelecendo um limite à dedutibilidade dos juros

15 Na verdade, no caso *Thin Cap Glo* (TJCE, Acórdão de 13.3.2007, Proc. C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*) foi pedido ao TJCE que apreciasse a compatibilidade de vários regimes sucessivos do direito inglês relativos à subcapitalização: o regime anterior a 1995, o regime vigente entre 1995 e 1998 e o regime vigente entre 1998 e 2004. Segundo o primeiro, eram desqualificados como juros e requalificados como dividendos todos os juros pagos por uma sociedade residente a uma sociedade não residente, quando a segunda detivesse 75% ou mais do capital da primeira, e além disso eram requalificados como dividendos todos os juros pagos por uma sociedade residente quando esses juros ultrapassassem "um rendimento económico razoável", independentemente do carácter interno ou externo da operação. De acordo com o segundo regime, eram requalificados como dividendos os juros pagos entre os membros de um mesmo grupo de sociedades na medida em que ultrapassassem o que seria devido se não houvesse relações especiais entre o devedor e o credor, sendo que a regra se aplicava apenas quando o mutuante detivesse 75 por cento ou mais do capital da sociedade mutuária. Esta regra não era aplicável quando a sociedade mutuante estivesse sujeita a imposto sobre sociedades no Reino Unido. De acordo com o terceiro regime, a matéria da subcapitalização passa a estar abrangida pelo regime dos preços de transferência. Podia haver requalificação dos juros como dividendos quando as transacções que lhes dessem origem, tendo sido celebradas entre duas sociedades sob controlo comum, o tivessem sido em condições diferentes do que seriam se as sociedades não se encontrassem sob controlo comum e quando essas condições diferentes proporcionassem a uma das partes uma vantagem fiscal relativa à aplicação da legislação fiscal do Reino Unido.

16 Sobre o regime espanhol anterior a 2004, PALAO TABOADA. La subcapitalización y los convenios de doble imposición. *Revista de Contabilidad y Tributación*, 1995, ns. 137/138, p. 77-94; Límites a la aplicación de la norma española contra la capitalización: Estado de la cuestión. *Revista de Técnica Tributaria*, 1996, n. 46, p. 45-58; ESTEVE PARDO, M. L., op. cit.; CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ LOUSA, M., op. cit. p. 299-333.

17 O'SHEA, T. News Analysis: ECJ Overturns Belgian Thin Cap Rules. *Tax Notes International*, n. 10, 2008, p. 837.

quando devidos apenas, na prática, a entidades não residentes na Alemanha, era incompatível com a liberdade de estabelecimento, uma das liberdades fundamentais consagradas no Tratado¹⁸.

Contudo, a sentença ora em apreço não fez uma exposição nem clara nem detalhada dos pressupostos doutrinários em que poderá ter assentado a decisão. Em virtude mesmo deste assinalado “vazio de fundamentação”, muitos dos Estados-Membros entenderam que quaisquer normas internas em matéria de subcapitalização, sempre que se baseassem numa diferenciação de tratamento em virtude da residência da entidade mutuante, corriam sérios riscos de serem tidas como incompatíveis com o ordenamento comunitário.

Na sequência da decisão, pois, vários países da União Europeia tomaram medidas de urgência para evitar esta consequência, “suspendendo” a aplicação das suas normas anti-subcapitalização nas situações em que as partes envolvidas estivessem situadas em Estados-Membros da União Europeia. Assim, por exemplo, em Portugal e em Espanha¹⁹, os regimes actuais são em tudo idênticos aos que já existiam anteriormente a 2003, tendo-se apenas restringido o seu âmbito de aplicação às situações em que o mutuante é residente fora da União Europeia²⁰. A solução parece ter um carácter provisório, pois, resumindo-se a uma alteração pontual dos regimes anteriores, deixa os sistemas fiscais destes países totalmente desprotegidos contra práticas abusivas de subcapitalização dentro da União Europeia²¹. Outros países procederam a reformas mais estruturais, obedecendo a modelos diversos, mas sempre orientadas pela preocupação fundamental de suprimir qualquer diferenciação de tratamento que colocasse em posição desigual e desvantajosa as entidades residentes noutro qualquer Estado da União Europeia em relação às entidades residentes²².

Porém, quando em vários países se encontravam em curso adiantado as reformas referidas, eis que uma segunda decisão do Tribunal de Justiça, proferida no caso *Thin Cap Group Litigation*²³, em março de 2007, veio alterar

18 TJCE, *Lankhorst-Hohorst*, cit., § 32.

19 O regime fiscal da subcapitalização do direito espanhol encontra-se estabelecido no art. 20º da Lei do Imposto sobre Sociedades (Real Decreto Legislativo nº 4/2004, de 5 de março). O artigo 20º, sobre subcapitalização, foi modificado pela Lei nº 36/2006, de 28 de novembro, e pela Lei nº 62/2003, de 30 de dezembro.

20 Sobre este tipo de adaptações vide SEER, R. The Jurisprudence of the European Court of Justice: Limitation of the Legal Consequences?. *European Taxation*, v. 46, n. 10, 2006, p. 472-473.

21 Neste sentido, em relação ao sistema espanhol, SANZ GADEA, E. Medidas antielusión fiscal. *Documentos*, n. 13/05, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, p. 56.

22 Sobre estas soluções, a título de exemplo vd. CORDEWENER, A. Company Taxation, Cross-Border Financing and Thin Capitalization in the EU Internal Market: Some Comments on *Lankhorst-Hohorst GmbH*. *European Taxation*, n. 2003, p. 102-113.

23 TJCE, Acórdão de 13.03.07, Proc. C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*.

substancialmente a posição do tribunal sobre esta matéria²⁴. Neste aresto, o Tribunal admitiu que as normas sobre subcapitalização, mesmo conferindo um tratamento diferenciado dos juros baseado na residência do credor, podem ser compatíveis com o direito da União Europeia, desde que tais normas sejam direccionadas especificamente para atingirem apenas as situações que possam ser consideradas práticas fiscais abusivas²⁵.

Ora, a jurisprudência do caso *Thin Cap Glo* consubstancia uma decisiva aproximação do direito europeu, quanto à questão do tratamento fiscal da subcapitalização, às soluções clássicas presentes nas convenções em matéria de dupla tributação sobre a tributação internacional do rendimento e do capital. Esta aproximação produz-se, há que sublinhá-lo, a despeito das profundas diferenças, existentes entre o direito tributário internacional e o direito fiscal europeu, no plano dos princípios fundamentais, como o princípio da não discriminação, o qual tem, como é sabido, configurações próprias e bens distintas nos dois ordenamentos.

Simultaneamente, verificou-se que os vários regimes de subcapitalização baseados na residência do mutuante têm vindo a ser submetidos a uma pressão crescente, mesmo entre Estados-Membros, sendo alvo de disputas judiciais ao abrigo de tratados bilaterais²⁶, pelo que várias das reformas a que os regimes de subcapitalização têm vindo a ser sujeitos têm em consideração não só os elementos procedentes da litigiosidade comunitária, mas ainda os provenientes da litigiosidade internacional, tendo por pano de fundo os tratados em matéria de dupla tributação. Por tudo isto, parece inevitável que, pelo menos no momento actual e durante algum tempo, se verifique alguma harmonização no modo como os dois sistemas – o europeu e o internacional – irão evoluir e ser aplicados.

Por todas estas razões, verifica-se uma tendência para os Estados-Membros da União Europeia adoptarem uma postura uniforme que, procurando lutar contra a evasão fiscal através do mecanismo da subcapitalização, trate de forma idêntica as situações intracomunitárias e as situações em que o mutuante se situe num Estado terceiro²⁷.

24 A nossa opinião, de que a sentença do TJCE no caso *Thin Cap Group Litigation* consubstancia uma significativa alteração na orientação do Tribunal, em relação à sua decisão no caso *Lankhorst-Hohorst*, é compartilhada por outros autores, como ROLLE, G. La Corte EU salva l'applicazione "selettiva" della thin cap. *Corriere Tributario*, n. 20, 2007, p. 1641.

25 TJCE, C-524/04, § 74.

26 Veja-se, por exemplo, GOUTHIERE, B. French Anti-Abuse International Tax Legislation: Recent Developments. *European Taxation*, v. 46, n. 11, 2006, p. 514-521.

27 Cf. TEIXEIRA, G., op. cit., p. 140 e ss., análise de forma crítica a dimensão internacional do regime português de subcapitalização e refere-se a uma "aplicação progressiva do princípio de não discriminação na União Europeia".

2 A Aproximação entre o Regime da Subcapitalização no Direito Europeu e no Direito Internacional

2.1 O Direito Internacional Segundo a “Convenção Modelo” da OCDE Referente à Tributação do Rendimento e do Capital

A “Convenção Modelo da OCDE referente à Tributação do Rendimento e do Capital” não regula expressamente a questão da subcapitalização. Mas, a propósito da tributação das empresas associadas, da qual se ocupa o artigo 9º, prevê-se a possibilidade de correcção do rendimento de uma entidade residente para incluir nele os rendimentos que a entidade residente teria obtido na ausência de relações especiais. A doutrina vê neste preceito da “Convenção Modelo”, mais do que um mecanismo particular para o cálculo da base tributável no caso de entidades associadas, um princípio geral de repartição internacional do poder de tributar segundo o critério de plena concorrência ou independência²⁸.

Uma vez que a “Convenção Modelo” autoriza, em princípio, qualquer correcção da base tributável que tenha como finalidade ajustar o valor do rendimento do sujeito passivo residente ao que deveria ter sido obtido em condições de plena concorrência, nada obsta a que a regra seja aplicada às situações de subcapitalização, quando esta for entendida como o financiamento entre sociedades associadas com recurso ao crédito, sempre que tais empréstimos sejam contratados em condições que não pudessem ocorrer entre entidades independentes²⁹.

Um relatório produzido pelo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE em 1987³⁰, cujas conclusões foram introduzidas posteriormente nos Comentários à versão de 1992 da “Convenção Modelo”, confirmou que a subcapitalização deveria ser vista como um aspecto da problemática das relações entre entidades associadas e, portanto, tratada ao abrigo do artigo 9º citado. Desde então, tem sido desta forma que o problema da subcapitalização tem sido abordado no âmbito do direito dos tratados bilaterais sobre tributação do rendimento e do capital³¹.

28 NOGUEIRA. Princípio da independência – fundamentos jurídicos de uma compreensão actual. In: TEIXEIRA e BARROS. *Preços de transferência e o caso internacional*. Porto: Vida Económica, 2004, p. 307-339.

29 LOUSA, M. P., op. cit., p. 26, no sentido de que o artigo 9º do Modelo permite determinar não somente se a taxa de juro prevista num contrato de empréstimo celebrado entre entidades vinculadas “é uma taxa normal de mercado mas, também, se um empréstimo *prima facie* pode ser considerado como tal ou deve ser considerado como uma contribuição de fundos de uma outra natureza e, mais concretamente, como uma participação no capital social”.

30 OECD, *Issues in International Taxation No. 2: Thin Capitalization; Taxation of Entertainers, Artists and Sportsmen*, 1987.

31 VEGA BORREGO, F. A., op. cit.; TEIXEIRA, G., op. cit., p. 141 e ss; KESSLER, W. e KNÖRTER, D., op. cit., p. 430.

Esta abordagem tem, desde logo, duas consequências de grande importância. A primeira é a de que, no âmbito do direito dos tratados bilaterais, os Estados só estão legitimados a reagir contra a subcapitalização quando na origem desta estejam relações entre empresas associadas. Neste contexto, o endividamento de uma sociedade que resulte de esta ter contraído empréstimos junto de entidades em relação às quais não se encontre, directa ou indirectamente³², em situação de relações especiais não relevará para efeitos de aplicação de qualquer mecanismo de correcção do rendimento declarado.

Em segundo lugar, o próprio conceito de subcapitalização fica definido a partir desta abordagem, uma vez que, para efeitos de aplicação do artigo 9º da CMOCDE, apenas podem ser requalificadas as situações de endividamento resultantes de empréstimos contratados em condições que não pudessem ter ocorrido entre entidades independentes. Neste segundo aspecto, portanto, a aplicação do mecanismo de correcção previsto no artigo 9º da CMOCDE pressupõe que o Estado que exerce o poder de tributar aplique o princípio de plena concorrência na delimitação das situações que qualifica como de subcapitalização.

Isto conduz-nos à questão fulcral de toda a problemática da subcapitalização, também no plano dos tratados bilaterais, que é a de saber quais os critérios ou métodos que os Estados podem utilizar para determinar se uma operação de endividamento pode ou não ter-se por efectuada em condições de plena concorrência. No que se refere à remuneração, a situação de endividamento corresponderá ao que poderia ter sido acordado entre entidades independentes se os juros convencionados correspondem ao que for geralmente praticado na mesma data para empréstimos com as mesmas características. Quanto ao montante do endividamento, ele corresponderá ao que poderia ter sido contratado entre entidades independentes se a entidade mutuária não tiver excedido a sua capacidade de obtenção de crédito em condições de mercado.

A segunda questão, a qual constitui o núcleo da problemática da subcapitalização, é de resolução mais delicada. O Relatório da OCDE anteriormente citado, embora admitindo, em princípio, tanto os métodos chamados subjectivos como os objectivos, afirma uma preferência clara pelos primeiros, que considera serem os que melhor se ajustam ao princípio de plena concorrência.

32 TEIXEIRA, G., *op. cit.*, p. 141. Sobre alguns dos inúmeros problemas que se colocam na caracterização do endividamento indirecto, ESTEVE PARDO, M. L., *op. cit.*, p. 16 e ss. Uma situação típica de endividamento indirecto será aquela em que o empréstimo é concedido por uma entidade financeira, existindo um acordo entre esta entidade financeira e uma terceira entidade associada com a sociedade mutuária, pelo qual a terceira faz um depósito ou mesmo efectua ela própria um empréstimo à entidade mutuante.

Os métodos subjectivos são assim designados por se basearem numa análise comparativa caso a caso. Perante um caso de endividamento, a administração fiscal procurará averiguar se o financiamento poderia ter sido obtido nas mesmas condições entre entidades independentes, comparando a situação da entidade endividada com a de outros entes em situação comparável³³.

Dentro dos chamados métodos objectivos, existem também várias modalidades. A mais comum consiste no método do *ratio* fixo, a que já aludimos. Outra modalidade consiste no *earnings stripping approach*. Quanto ao primeiro, traduz-se no estabelecimento de um *ratio* máximo para a relação entre o endividamento e o capital de uma entidade, ultrapassado o qual se presume existir subcapitalização. O relatório da OCDE de 1987 não afasta totalmente, como dissemos, a compatibilidade de um *ratio* de endividamento fixo com o artigo 9º da “Convenção Modelo”. Mas considera que o método só pode ser compatibilizado com o princípio da independência se for dada ao contribuinte a possibilidade de afastar a aplicação da norma, demonstrando que o seu endividamento podia ter sido atingido em condições de plena concorrência.

Alguns autores³⁴ observam a este propósito, em nossa opinião com razão, que a principal diferença entre os dois métodos referidos – quando, no caso do método objectivo, seja respeitado este último requisito de ser dada ao contribuinte a possibilidade efectiva de demonstrar que a transacção se efectuou dentro dos limites do princípio de independência – reside na titularidade do ónus da prova, o qual, nos métodos ditos subjectivos, recai inteiramente sobre a administração fiscal, enquanto nos métodos objectivos recai sobre o contribuinte. Nos dois casos, é necessário proceder a uma comparação da situação do contribuinte com terceiros, a fim de determinar se a mesma poderia ocorrer entre entidades independentes e os processos de realizar essa comparação são os mesmos em ambas as situações. Mas perante um método subjectivo, a administração fiscal terá de demonstrar que a situação não poderia ocorrer entre entidades independentes, enquanto no caso do método objectivo o contribuinte terá de provar que a situação poderia ocorrer também nessa mesma circunstância³⁵.

33 Para uma descrição dos métodos utilizados para determinar se uma situação de endividamento se contém no quadro do princípio de independência, SANZ GADEA, E., op. cit., p. 35 e ss.

34 VEGA BORREGO, F. A., op. cit., p. 16; D'ABRUZZO, G. e SALVATORE, C. Contrasto all'Utilizzo Fiscale della Sottocapitalizzazione. Regole di Disapplicazione e Strumenti di Difesa del Contribuente. *Bolletino Tributario*, n. 6, 2005, p. 405.

35 Sobre a problemática do difícil cumprimento de tal ónus probatório por parte do contribuinte, com referência ao ordenamento italiano, D'ABRUZZO, G. e SALVATORE, C., op. cit., p. 408 e ss.

Passando já ao plano da estatuição da norma, resulta do artigo 9º que o Estado de residência da entidade endividada tem o direito de corrigir o rendimento desta. Para tal, o Estado desqualificará os juros devidos, requalificando-os como dividendos pagos ou a pagar à entidade mutuante, com a consequência da não aceitação do montante dos juros como custo fiscal. Resulta igualmente do mesmo preceito que este procedimento tem como limite e só poderá ser aplicado sobre os juros correspondentes ao endividamento que exceda o que seria possível obter em condições de independência.

2.2 A Evolução do Regime da Subcapitalização na Jurisprudência Europeia – Comparação com as Regras do Direito dos Tratados Bilaterais

A argumentação oferecida pelo Tribunal de Justiça na sentença *Lankhorst* é de tal forma sucinta que com dificuldade se pode extrair dela uma doutrina³⁶. O principal desta argumentação consiste em que uma norma sobre subcapitalização como a do direito alemão – vigente à data da sentença –, ao conferir aos juros pagos por uma sociedade residente na Alemanha, um tratamento diferenciado em função do país de residência do mutuante, quando mutuária e mutuante sejam entidades associadas, constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento; e que uma tal restrição à liberdade de estabelecimento não pode ser justificada quando a norma, ainda que visando atingir práticas abusivas, não atinge, através do seu mecanismo corrector, as práticas abusivas internas.

A doutrina da sentença *Thin Cap Glo* coincide inteiramente com a do caso *Lankhorst* no primeiro ponto, de que uma norma nacional sobre subcapitalização que confere aos juros pagos por uma sociedade residente, um tratamento diferenciado em função do país de residência do mutuante, quando mutuária e mutuante sejam entidades associadas, constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento. Mas já quanto ao segundo aspecto, relativo às condições em que uma tal restrição pode ser justificada, o Tribunal desenvolve nesta segunda decisão uma doutrina bastante diferente da primeira.

A norma que, visando às situações de subcapitalização, constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento, poderá ser justificada por motivos de luta contra práticas fiscais abusivas, alicerçando-se para isso no direito dos Estados-Membros a exercerem a sua competência fiscal em relação às

36 Sobre esta debilidade dos critérios jurisprudenciais em matéria de subcapitalização vide BROSENS, L., *Thin Capitalization Rules and EU Law. EC Tax Review*, v. 13, n. 4, 2004, p. 207 e ss.

actividades realizadas no seu território, em nome da repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados³⁷.

Em termos gerais, não circunscritos à subcapitalização, para que uma restrição possa ser considerada “justificada” por motivos de luta contra práticas abusivas, é necessário que a norma tenha como “objectivo específico” impedir comportamentos que revistam determinadas características. Nomeadamente, a norma restritiva deve configurar-se com o fim de atingir apenas os comportamentos que consistam em “criar expedientes puramente artificiais”³⁸, entendendo-se por tal aqueles comportamentos que sejam “desprovidos de realidade económica”³⁹ e tenham como objectivo “eludir o imposto normalmente devido pelos lucros gerados por actividades realizadas no território nacional”⁴⁰.

No que se refere especificamente à prática de subcapitalização, a jurisprudência do tribunal assenta na ideia de que as características descritas, em boa parte subjectivas, têm de ser susceptíveis de ser determinadas com base em “elementos objectivos e verificáveis por terceiros”. A definição, por parte do Tribunal, destes “elementos objectivos” que permitem determinar se uma situação de endividamento concreta consubstancia “um expediente puramente artificial motivado pelo intuito de eludir o imposto” constitui o cerne da sua jurisprudência nesta matéria, sendo também, em nossa opinião, o ponto em que a mesma mais se aproxima do direito fiscal internacional.

O Tribunal considera que uma situação de endividamento pode ser tomada como uma prática de subcapitalização abusiva, contra a qual o Estado pode reagir, quando se verificarem as seguintes condições⁴¹:

- a) Resultar o endividamento de um empréstimo concedido a uma entidade residente por uma entidade não residente;
- b) Quando estas duas entidades façam parte de um grupo, ou entre as duas existam relações especiais, ou na presença de relações especiais “entre as partes e terceiros”;
- c) Em condições que não correspondem ao que as sociedades em causa teriam acordado em condições de plena concorrência.

37 TJCE, C-524/04, §§ 72, 74 e 75.

38 TJCE, C-524/04, § 74.

39 Idem.

40 Sobre a interpretação destes requisitos, inserindo-os na globalidade da jurisprudência do Tribunal de Justiça nesse âmbito vide CORDEWENER, A., *Company Taxation, Cross-Border Financing and Thin Capitalization in the EU Internal Market: Some Comments on Lankester-Hohorst GmbH, European Taxation*, v. 43, n. 4, 2003, p. 102 e ss.

41 TJCE, C-524/04, §§ 80 e 81.

Para compreender o alcance exacto desta doutrina é importante começar por sublinhar que as condições enumeradas não podem ser vistas como requisitos da subcapitalização, no sentido de que a ausência de tais condições excluiria a possibilidade de se qualificar uma situação de endividamento como subcapitalização, mas como elementos qualificativos da subcapitalização, entre outros elementos possíveis⁴².

Assim, quanto ao primeiro ponto, haverá que ressaltar que, através dele, o Tribunal não pretende excluir do campo da actuação legítima contra a subcapitalização situações de endividamento puramente internas, mas afirmar que a circunstância de o endividamento se dar entre uma entidade residente, na condição de mutuária, e uma entidade não residente, na condição de mutuante, constitui um elemento que, associado aos restantes, leva à qualificação de uma situação como de subcapitalização.

As considerações anteriores são aplicáveis ao segundo requisito enunciado. Também quanto a este ponto, a posição do Tribunal não pode ser interpretada no sentido de que ficam excluídas, do campo da actuação legítima contra a subcapitalização, situações de endividamento entre entidades independentes, mas sim no sentido de que a ocorrência das relações especiais descritas, associada aos restantes elementos qualificativos, permite qualificar uma situação como de subcapitalização. Apesar do pouco rigor da expressão, é possível concluir, sobretudo tendo em conta o contexto da sentença, que ao referir-se a relações especiais “entre as partes e terceiros” o tribunal se refere às situações em que as entidades envolvidas na transacção estão indirectamente associadas através das suas relações com terceiros.

Este segundo elemento qualificativo é de grande importância para a compreensão global da doutrina do caso *Thin Cap Glo*. Desde logo, mesmo com a ressalva feita anteriormente, de não estarmos perante um verdadeiro requisito, é significativo que o Tribunal veja a existência de relações especiais como um elemento qualificativo da subcapitalização. Tal parece indicar uma adesão, por parte do Tribunal, à posição expressa pelo Comité Fiscal da OCDE no seu relatório de 1987, no sentido de que a subcapitalização constitui um aspecto da problemática das relações especiais ou das relações entre entidades vinculadas.

Mas não é, nem poderia ser, qualquer situação de endividamento entre entidades associadas e residentes em Estados diferentes que pode ser

⁴² Trata-se de uma consequência da abordagem “casuística”, decalcada da tradição jurisprudencial da *Common Law*, usada na decisão do Tribunal, pela qual estas condições não são exclusivas, isto é, não podem interpretar-se como condições sem as quais não se verifica uma situação de subcapitalização. Significa, ao contrário, que, verificadas estas condições, estamos perante uma situação de subcapitalização abusiva, mas esta pode ocorrer noutras condições. Este é um aspecto com o qual um jurista formado no pensamento jurídico romano-germânico pode ter dificuldade em lidar.

qualificada como de subcapitalização. Para tal, é ainda necessário que a transacção que deu origem ao endividamento vá contra o princípio da independência, i.e., tenha sido efectuada em condições que não correspondam ao que as sociedades em causa poderiam acordar em condições de plena concorrência⁴³. Ao contrário dos anteriores, este elemento é um verdadeiro requisito da subcapitalização, no sentido de que, não se verificando, a situação de endividamento não poderá entrar no campo da actuação legítima contra a subcapitalização (tendo em conta que nos estamos a referir sempre a uma norma discriminatória em função da residência). Também quanto a este aspecto decisivo, a doutrina do Tribunal de Justiça se aproxima, pois, de forma perceptível da norma de direito internacional⁴⁴.

Quanto aos métodos de que os Estados se podem socorrer para determinar se uma operação de financiamento vai contra o princípio da independência, a jurisprudência do Tribunal não é explícita. Mas este afirma, referindo-se aos requisitos da norma anti-subcapitalização, que “nos casos em que não pode ser excluída a existência desse expediente, deve ser dada a possibilidade ao contribuinte, sem o sujeitar a exigências administrativas excessivas, de apresentar elementos relativos às eventuais razões comerciais por que essa transacção foi celebrada”. O meio de defesa do contribuinte que é referido aqui é o mesmo que o Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, no seu Relatório de 1987, considera exigível quando o Estado opte pelo método do *ratio* fixo. E, de facto, como assinalámos anteriormente, é nesta situação que ganha particular cabimento o atribuir-se ao contribuinte tal faculdade, pois a opção pelo método do *ratio* fixo tem como efeito principal, não uma diferente delimitação da situação de subcapitalização, mas uma inversão do ónus da prova contra o sujeito passivo quanto a demonstrar que o financiamento acordado se contém dentro dos limites do princípio de independência⁴⁵. Quando a norma opte por um método subjectivo, ou de

43 TJCE, C-524/04, §§ 80 e 81: “Uma legislação de um Estado-Membro pode justificar-se por razões relativas ao combate às práticas abusivas, quando prevê que os juros pagos por uma filial residente a uma sociedade-mãe não residente sejam qualificados como lucros unicamente se e na medida em que forem além do que essas sociedades teriam acordado em condições de plena concorrência”. Trata-se de um aspecto decisivo pois, como notam Terra e Wätzel, “este caso mostra como o teste *arm's length* se tornou parte do exame efectuado pelo tribunal nos termos da *rule of reason*” (TERRA, B. e WÄTZEL, P. *European Tax Law*. 5. ed. Kluwer Law International, London – The Hague – New York, 2008, p. 589).

44 De facto, torna-se aparente também neste ponto uma mudança na orientação do Tribunal, em relação ao caso *Lankhorst-Hohorst*, pois neste o Tribunal exigia que a legislação do Estado atingisse apenas os juros pagos no âmbito que transacções que pudessem ser vistas como “arranjos puramente ou totalmente artificiais”, teste que a norma alemã não passou. E como observou o Advogado-Geral Geelhoed, nas suas Conclusões (§ 67), os dois critérios são significativamente diferentes, já que é possível uma transacção não se conter no quadro do princípio de independência mas ter na sua base, mesmo assim, propósitos comerciais genuínos, que não sejam a redução do imposto. Se o Tribunal tivesse aplicado, no caso *Thin Cap Group Litigation*, o critério do “arranjo totalmente artificial”, como fez no caso *Lankhorst-Hohorst*, então a decisão deveria também ter sido distinta.

45 D'ABRUZZO, G. e SALVATORES, C., op. cit., p. 405.

“comparação com terceiros”, pelo contrário, recai sobre a administração fiscal todo o ónus de demonstrar que a transacção não poderia ter sido acordada entre entidades independentes⁴⁶.

Considerando agora os aspectos da estatuição da norma anti-subcapitalização, o Tribunal considera que, uma vez demonstrada a existência de uma prática de subcapitalização, e como forma de actuação contra tal prática, o Estado pode proceder à requalificação dos juros, recusando a sua dedução como custos e tratando-os como uma distribuição de dividendos. Considera ainda ser necessário, para que a norma possa ser considerada conforme com o princípio da proporcionalidade, que a requalificação dos juros pagos como lucros distribuídos se limite à fracção desses juros que ultrapasse o que teria sido acordado caso não houvesse relações especiais entre as partes ou entre as partes e terceiros.

Neste último aspecto, a solução adoptada pelo Tribunal de Justiça e, portanto, o direito europeu actual, é em tudo coincidente com as regras dos tratados bilaterais sobre tributação do rendimento.

3 As Situações de Subcapitalização Envolvendo Entidades de Países Terceiros

3.1 Operações de Endividamento Envolvendo Entidades de Países Terceiros à Luz do Direito dos Tratados

Em face desta aproximação, através da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, entre o direito europeu e o direito dos tratados bilaterais sobre dupla tributação, em matéria de subcapitalização, cabe questionar se a mesma deverá produzir um efeito de harmonização na aplicação dos dois sistemas, quando estejam em causa situações envolvendo países membros da União Europeia. Em termos mais concretos, tratar-se-ia de saber se, ante uma situação de subcapitalização de uma entidade residente num Estado-Membro da UE, sendo a mutuante residente num país não-membro, e estando em vigor entre os dois países um tratado bilateral sobre dupla tributação, a jurisprudência europeia será de algum modo influente para a aplicação do tratado.

Embora não exista, deve-se começar por sublinhar qualquer conexão formal entre os dois planos. Tem sido prática comum por parte dos tribunais

46 D'ABRUZZO, G. e SALVATORES, C., op. cit., idem. Os autores assinalam que nos ordenamentos em que é adoptado um método subjectivo (*subjective approach*) “todo o ónus da prova recai sobre a Administração Fiscal, a qual tem de demonstrar a existência em concreto de um financiamento excepcional”.

européus, em matéria de subcapitalização como em outros assuntos, fazerem apelo à jurisprudência do Tribunal de Justiça como instrumento auxiliar na interpretação dos tratados, mormente quando a relação em causa envolve um Estado-Membro da União Europeia com o qual existe também um tratado bilateral⁴⁷. No entanto, o TJCE tem sido chamado a apreciar, em diversas situações, questões que envolvem a aplicação dos tratados bilaterais e esta jurisprudência tem sido tomada em conta pelo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE no tratamento das matérias relacionadas com a “Convenção Modelo sobre Tributação do Rendimento e do Capital”. É o caso, precisamente, da última revisão sobre o princípio de não discriminação, incorporada nos “Comentários” à actual versão da Convenção Modelo, aprovada em julho de 2008. De um ponto de vista prático, a questão adquire pertinência também por se constatar, recentemente, que a questão da compatibilidade das normas de subcapitalização baseadas na residência com os tratados bilaterais tem sido colocada com crescente insistência em disputas judiciais perante tribunais nacionais europeus. E em alguns casos, que podem contudo considerar-se excepcionais, os mesmos tribunais estimaram inaplicáveis as normas nacionais sobre subcapitalização, considerando que tais normas violavam o princípio de não discriminação vertido num tratado bilateral sobre dupla tributação do rendimento⁴⁸. Um exemplo já frequentemente citado pela doutrina é o de um caso decidido em 2003 pelo Conseil d’État francês, que considerou inaplicável a norma francesa sobre subcapitalização a uma situação de juros pagos a uma entidade residente na Áustria (que à data do facto tributário não era ainda membro da União Europeia) com base na sua incompatibilidade com o princípio de não discriminação vertido no tratado bilateral celebrado entre os dois países⁴⁹.

A complexidade desta problemática não permitiria uma revisão completa do estado da questão neste lugar. Quedamo-nos, por essa razão, por deixar alguns breves apontamentos cujo intuito se limita ao de traçar o enquadramento geral do problema na actualidade.

A “Convenção Modelo” da OCDE estabelece no seu artigo 24º um princípio de não discriminação fiscal⁵⁰, em função da nacionalidade que, no

47 Veja-se como exemplo, em Espanha, a Sentença nº 20161/2008 de 28 de março do Tribunal Superior de Justiça de Madrid (JUR 2008/163017), em que o tribunal fez uso da jurisprudência do caso *Lankhorst-Hohorst* para interpretar a convenção sobre dupla tributação celebrada entre a Espanha e a Suécia.

48 Debrua-se sobre esta problemática, à luz do direito italiano, D’ABRUZZO, G., op. cit., p. 1624-1626. O autor refere-se aqui ao regime da subcapitalização introduzido no ordenamento italiano em dezembro de 2003 e que vigorou até 2008, concluindo pela incompatibilidade desse regime com o princípio de não discriminação contido nos tratados bilaterais sobre tributação do rendimento assinados pela República Italiana.

49 Conseil d’État, *Andritz Sprout Bauer* (2003) 6 ITLR 604.

50 Como nota SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, *La No Discriminación Fiscal*, Madrid, Edersa, 2001, p. 100, o artigo 24º da Convenção Modelo tem um âmbito de aplicação muito mais vasto do que a tributação do rendimento e do capital.

entanto, se aplica apenas quando os nacionais dos dois Estados contratantes “se encontrem nas mesmas condições, em particular no que respeita à residência”⁵¹. Como é fácil de concluir, uma norma nacional que confira um tratamento diferenciado em função da residência não ficará, em princípio, abrangida pelo princípio de não discriminação, de modo que não poderá ser considerada incompatível com um tratado bilateral que inclua uma cláusula correspondente ao artigo 24^o⁵². Este entendimento tem permitido que as normas sobre subcapitalização aplicáveis apenas quando o mutuante é um não residente, como a portuguesa e muitas outras, permaneçam incólumes à acção do princípio de não discriminação contido nos tratados bilaterais sobre dupla tributação⁵³. Noutros casos, tem-se simplesmente sustentado que o artigo 24^o da “Convenção Modelo” não se aplica quando seja aplicável uma disposição mais específica, como as dos artigos 9^o.1 ou 11^o.6, ambos potencialmente aplicáveis para a correcção de juros em caso de subcapitalização⁵⁴.

Ora, nem uma nem outras destas posições corroboram a interpretação proposta pelos “Comentários” ao artigo 24^o da “Convenção Modelo”⁵⁵. O parágrafo 56 dos “Comentários” ao artigo 24^o distingue duas situações, consoante as normas nacionais sobre subcapitalização sejam ou não compatíveis com o artigo 9^o.1 ou com o artigo 11^o.6 da “Convenção Modelo”. Estes dois preceitos permitem ambos a correcção de rendimentos, como medida unilateral por parte de um dos Estados contratantes, na presença de

51 FARMER, P. EC Law and Double Taxation Agreements. *The EC Tax Journal*, v. 3, n. 3, 1999, p. 141-142.

52 FARMER, P., op. cit., p. 141, para quem o artigo 24 da Convenção Modelo não exige ao Estado que aplique aos nacionais outro Estado não residentes o mesmo tratamento que dá aos seus nacionais residentes, mas apenas que dê àqueles o mesmo tratamento que confere aos seus nacionais residentes no outro Estado contratante. Esta delimitação do princípio de não discriminação tem a sua *ratio* no facto de a residência constituir, na generalidade dos sistemas fiscais, o principal elemento de conexão territorial com base no qual se estabelece a competência tributária do Estado e de, ao mesmo tempo, os Estados (neste caso os Estados-Membros da OCDE) aplicarem em geral o princípio da tributação na residência. Os dois aspectos conjugados determinam que os residentes de um Estado sejam tributados pelo seu rendimento mundial (ou por obrigação pessoal) enquanto os não residentes são tributados apenas por obrigação real. Esta diferença fundamental não poderá deixar de se repercutir em diferentes regras na tributação de residentes e de não residentes. Cfr. SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, op. cit., p. 106.

53 A título de exemplo, em França, o Tribunal Administrativo de Nancy julgou, em outubro de 2002, que as regras de subcapitalização francesas, aplicáveis apenas quando o mutuante fosse não residente, eram compatíveis com a convenção franco-belga, já que uma sociedade belga não se encontra nas mesmas condições que uma sociedade francesa, para efeitos do princípio de não discriminação.

54 Por exemplo, em Espanha, a Resolução de 20 de dezembro de 2007 do Tribunal Económico-Administrativo Central (JT 2008/349).

55 ZALASINSKI, A., Some Basic Aspects of the Concept of Abuse in the Tax Case Law of the European Court of Justice, *Intertax*, v. 36, n. 4, 2008, p. 156, observa que a relação entre as normas domésticas anti-abuso e os Tratados Bilaterais sobre Dupla Tributação não se encontra clarificada, constatando-se a existência de duas correntes opostas que se encontram vertidas nos próprios Comentários. Segunda uma primeira, as normas domésticas anti-abuso, sendo incluem-se nas normas de incidência subjectiva internas, determinando quais os factos que dão origem à tributação e, portanto, a sua aplicação não é afectada pelas CDT; e para uma segunda teoria os comportamentos abusivos no âmbito de relações internacionais comportariam também um abuso das próprias convenções, o que legitimaria os Estados a “desconsiderar tais transacções abusivas”, interpretando as convenções segundo o princípio da boa-fé.

relações especiais entre empresas, aplicando-se o primeiro, de âmbito mais geral, a quaisquer operações envolvendo empresas associadas e o segundo sendo aplicável ao caso específico dos juros. Nos dois casos, a aplicação das correções aí previstas fica dependente de as operações que deram origem aos rendimentos não se conterem nos limites do princípio da independência. Os dois preceitos dão, portanto, concretização ao princípio da plena concorrência na partilha do poder de tributar.

Segundo a interpretação proposta no parágrafo 56 dos “Comentários” ao artigo 24º, uma norma sobre subcapitalização que assente num tratamento diferenciado em função da residência do mutuante não contenderá com o princípio de não discriminação se, por sua vez, for compatível com um ou outro dos dois preceitos citados⁵⁶. O mesmo é dizer que, se uma norma anti-subcapitalização for aplicável apenas aos juros pagos a não residentes – norma anti-subcapitalização discriminatória em função da residência do credor –, ela só não colidirá com o princípio de não discriminação dos tratados bilaterais sobre dupla tributação quando seja aplicável apenas às situações de endividamento que não se contenham dentro do quadro de relações possíveis segundo o princípio da independência⁵⁷.

A propósito do artigo 9º, 1, e da sua aplicação às situações de subcapitalização envolvendo entidades associadas, vimos já quais são os métodos que se consideram aceitáveis – e as mesmas considerações valeriam para o artigo 11º, 6 – para se avaliar se uma situação de subcapitalização se enquadra ou não no princípio da independência, tendo nessa altura sido constatado que estes métodos são também aqueles que foram aceites recentemente pelo Tribunal de Justiça, na decisão sobre o caso *Thin Cap Glo*, como condição para que os regimes de subcapitalização sejam compatíveis com o direito europeu. O que esta comparação nos permite concluir é que, doravante, será mais difícil aos tribunais nacionais dos Estados-Membros da União Europeia sustentar a compatibilidade dos seus regimes de subcapitalização – discriminatórios em função da residência – como o princípio de não discriminação dos tratados bilaterais, com base no argumento de que as entidades mutuantes residentes num país terceiro contraparte num tratado bilateral não se encontram nas mesmas circunstâncias que as entidades

56 Portugal, à semelhança de outros Estados, tem vindo, a fim de se prevenir contra possíveis litígios ao abrigo do princípio de não discriminação das Convenções Bilaterais e no campo da subcapitalização, a incluir cláusulas de reserva especial em relação à aplicação dos regimes nacionais de subcapitalização. No caso da Convenção Sobre Dupla Tributação do Rendimento entre o Brasil e Portugal, foi esta a solução adoptada, através de uma cláusula constante da alínea *d*) do nº 8 do Protocolo à Convenção, na qual se estabelece que “fica entendido que, relativamente ao artigo 24º, se considera que as disposições da Convenção não são impeditivas da aplicação por um Estado Contratante das respectivas normas internas respeitantes à subcapitalização ou endividamento excessivo”.

57 Neste sentido LOUSA, M. P., op. cit., p. 25.

mutuantes residentes no próprio Estado. Haverá, no entanto, que ressaltar, que o princípio continua a estar limitado pelo requisito da “identidade de circunstâncias” e que os “Comentários” não constituem verdadeiro direito, competindo aos tribunais a interpretação dos tratados⁵⁸.

3.2 Operações de Endividamento Envolvendo Entidades Residentes Fora da UE à Luz do Direito Europeu

3.2.1 Liberdade de Circulação de Capitais e Liberdade de Estabelecimento

As liberdades de circulação previstas no Tratado CE⁵⁹ têm, regra geral, o seu âmbito de aplicação limitado às relações envolvendo países da própria União Europeia. É o que acontece com a liberdade de circulação de mercadorias, com a liberdade de circulação de trabalhadores, com a liberdade de estabelecimento (artigo 43º, TCE) e com a liberdade de prestação de serviços. Pelo contrário, constituindo uma exceção, a liberdade de circulação de capitais, prevista no artigo 56º do Tratado CE⁶⁰, estende-se às relações envolvendo países terceiros.

Assim sendo, perante uma relação de endividamento que envolva países terceiros, e perante uma norma nacional que trate essa relação de forma desfavorável, haverá em primeiro lugar que determinar se a norma nacional cria uma restrição à liberdade de circulação de capitais ou à liberdade de estabelecimento⁶¹. Na primeira hipótese, a relação de endividamento ficará a coberto da liberdade de circulação de capitais estabelecida no artigo 56º do Tratado CE, aplicável nas relações com países terceiros, e não poderá ser alvo de um tratamento fiscal desfavorável em relação ao que seria aplicável se a relação fosse estabelecida entre duas entidades residentes na UE⁶². Na segunda hipótese, a situação de endividamento ficará fora do âmbito de aplicação de qualquer liberdade de circulação estabelecida no Tratado CE. O único

58 TEIXEIRA, G., op. cit., p. 143 refere-se a este aspecto, parecendo sugerir a sua adesão à tese de que os regimes de subcapitalização diferenciadores em função da residência do mutuante são contrários ao princípio de não discriminação.

59 O Tratado das Comunidades Europeias (TCE), ou “Tratado de Roma”, assinado em 1957 pelos Estados Fundadores da Comunidade Económica Europeia, é ainda hoje o principal corpo normativo, dentro do chamado “direito originário” europeu, pelo qual se regem as relações entre os Estados-Membros da actual União Europeia.

60 É o seguinte o teor do artigo 56º, nº 1, do Tratado CE: “No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros”.

61 Sobre o ponto vide ROSSI, M., op. cit., p. 793-794; O’SHEA, T. *Thin Cap GLO and Third Country Rights: Which Freedom Applies?*. *Tax Notes International*, v. 46, n. 4, 2007, p. 371-375.

62 Recentemente, no caso *Amurta* (TJCE, C-399/05), o tribunal reforçou este entendimento e a plena aplicabilidade do artigo 56º do TCE, no caso de um imposto de um país da União Europeia que tribute na fonte dividendos de *portfolio* pagos a residente em país terceiro. Sobre o ponto, ROSSI, M., op. cit., p. 785.

constrangimento a um tratamento discriminatório por parte do Estado de uma das partes envolvidas provirá, se for o caso, de um tratado bilateral sobre dupla tributação do rendimento, no quadro do qual, como é bem sabido, o princípio de não discriminação tem um alcance bastante mais limitado

Um empréstimo de capital transfronteiriço, consistindo, em termos formais, na constituição de uma simples relação de crédito entre duas entidades estabelecidas em países diferentes, nada tem que ver com a liberdade de estabelecimento. Mas os regimes fiscais de subcapitalização assentam na ideia fulcral de que, em certas condições, uma transacção que reveste a forma externa de mútuo é, em substância, uma operação de fornecimento de capital próprio⁶³, devendo, em substância, a remuneração que venha a fazer-se dessa colocação de capital ser qualificada como uma distribuição de dividendos⁶⁴. E as condições em que se efectua a percepção de dividendos relevam, sem dúvida, da liberdade de estabelecimento, pois influenciam terminantemente a decisão do investidor de se estabelecer num dado território.

Esta dualidade de aspectos – formal e substancial – faz com que a questão do enquadramento das normas sobre subcapitalização na liberdade de estabelecimento ou na liberdade de circulação de capitais se torne uma questão delicada de interpretação do Tratado CE e de uma relevância decisiva quando as situações de endividamento envolvam entidades mutantes residentes num país não-membro da União Europeia.

Sobre este assunto, a jurisprudência desenvolvida recentemente pelo TJCE pode sintetizar-se como segue⁶⁵:

– A questão não tem uma solução geral e abstracta válida para todas as situações, mas deve ser apreciada em cada caso concreto, com base nas *disposições nacionais* cuja validade se analisa;

– Nesta análise, deve atender-se à *finalidade* precisa e ao âmbito de aplicação das normas nacionais;

– Se as normas nacionais visam exclusivamente situações em que um contribuinte estrangeiro detém na entidade residente uma *participação significativa* que lhe proporcione uma influência “determinante” sobre a mesma entidade residente, então, a validade da norma só poderá ser apreciada no âmbito da *liberdade de estabelecimento*, e não da *liberdade de circulação de capitais*⁶⁶.

63 LOUSA, M. P., op. cit., 14.

64 D'ABRUZZO, G. e SALVATOIRES, C., op. cit., p. 405.

65 Cfr., v.g., TJCE, Acórdão de 10.05.07, Processo C-492/04, Lasertec, §§ 19-20.

66 Sobre esta questão vide PANAYI, C. The Fundamental Freedoms and Third Countries: Recent Perspectives. *European Taxation*, nov. 2008, p. 571 e ss.

O TJCE fez valer esta jurisprudência, em situações de aplicação de regras anti-subcapitalização, nos casos *Lasertec* e *Thin Cap Glo*⁶⁷. Em ambos os casos, os regimes de subcapitalização submetidos à apreciação, respectivamente, da Alemanha e do Reino Unido, aplicavam-se exclusivamente na presença de relações especiais entre a entidade residente financiada e a entidade não residente fornecedora dos fundos. Pode dizer-se que este é, aliás, um traço característico dos regimes tradicionais de subcapitalização, anteriores ao período pós-*Lankhorst*⁶⁸. E, portanto, nos casos citados, as normas nacionais visavam exclusivamente situações em que “o contribuinte estrangeiro detivesse na entidade residente uma participação substancial que lhe proporcionasse uma influência determinante sobre a mesma entidade residente”. O tribunal estribou-se nesta característica das normas para concluir que as normas sobre subcapitalização em apreço só deveriam ser analisadas à luz da liberdade de estabelecimento, e não da liberdade de circulação de capitais⁶⁹.

Uma consequência deste entendimento⁷⁰, da maior relevância para as situações que envolvam relações com países terceiros, é que as normas sobre subcapitalização de países europeus que se apliquem independentemente da existência de relações especiais entre o mutuante e o mutuário deverão considerar-se como tendo incidência também sobre a liberdade de circulação de capitais e, por conseguinte, não poderão estabelecer um tratamento diferenciado consoante o mutuante tenha residência dentro da União Europeia ou num país terceiro. Ora, precisamente um dos traços comuns a vários dos regimes de subcapitalização pós-*Lankhorst* é o de prescindirem da existência de relações especiais entre as entidades envolvidas na operação⁷¹. Ora, se tais normas sobre subcapitalização nacionais relevam para a liberdade de circulação de capitais e se esta liberdade se aplica nas relações envolvendo países terceiros,

67 Sobre este ponto ROSSI, M, op. cit., p. 792; O'SHEA, T., *Thin Cap GLO...*, cit., p. 371 e ss.

68 GOUTHIERE, B. *A Comparative Study...*, cit., p. 368.

69 Sobre o ponto vide, por exemplo, ROSSI, M., op. cit., p. 793 e ss.; ROLLE, G., op. cit., p. 1643. A doutrina foi enunciada e aplicada pelo Tribunal no caso *Fidium Finanz* (Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de outubro de 2006, *Fidium Finanz AG v. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, C-452/04). O tribunal considerou que, se a norma nacional que é causa de uma restrição à liberdade de estabelecimento visa apenas as situações em que uma entidade, não residente, detém sobre uma outra entidade, esta residente, uma participação que lhe permite exercer sobre a gestão da segunda uma influência determinante, esta norma nacional afecta primariamente a liberdade de estabelecimento e só no âmbito desta liberdade a norma deve ser sindicada. O tribunal considera que, a verificarem-se efeitos restritivos, provocados pela norma, sobre a liberdade de circulação de capitais, tais efeitos “são a consequência inelutável de um eventual obstáculo à liberdade de estabelecimento e não justificam uma análise à luz de outras liberdades” (TJCE, C-524/04, § 34).

70 Esta posição do Tribunal não é pacífica entre a doutrina. Alguns autores têm defendido que as esferas de protecção definidas pelas liberdades fundamentais são de aplicação cumulativa e não excludente, como FONTANA, R., *Direct Investments and Third Countries: Things are Finally Moving... In the Wrong Direction*, *European Taxation*, v. 47, n. 10, 2007, p. 435.

71 Segundo KESSLER, W. e KNÖRTZER, D., op. cit., p. 428, além da Alemanha, também a República Checa, a Dinamarca, a Itália, a Hungria e a Letónia aprovaram regimes de subcapitalização aplicáveis tanto a operações entre empresas vinculadas como entre empresas não vinculadas.

então aquelas normas não poderão aplicar-se de forma diferenciada, consoante o mutuante for residente num país membro ou num país terceiro⁷².

Com certeza, porém, tudo o que se pode afirmar é que, no estado actual do direito da União Europeia, aplicando-se a norma nacional sobre subcapitalização apenas quando entre o mutuante e o mutuário existirem relações especiais, a sua validade só deverá ser apreciada no âmbito da liberdade de estabelecimento, a qual apenas beneficia entidades residentes no território da União, dela ficando excluídas, pois, as entidades residentes em países terceiros.

3.2.2 As Situações Triangulares

A jurisprudência citada anteriormente deixou também definidas algumas regras no que respeita ao problema das situações chamadas “triangulares”. No caso de uma empresa *Y* sediada num país *A* da UE, filial de uma empresa *M* sediada num país terceiro, e que receba um empréstimo de uma associada, também filial de *M* e sediada num país *B* da UE, que não controla a mutuária *Y*, embora as normas de subcapitalização se apliquem entre as duas empresas sediadas em países da UE, a situação não beneficiará da liberdade de circulação de estabelecimento, pois a norma de subcapitalização afecta a liberdade de estabelecimento, não em relação à sociedade mutuante, mas apenas em relação à sociedade *M*, que controla as outras duas sociedades e que está sediada num país terceiro⁷³.

Deve, porém, ser sublinhado que, da jurisprudência expendida nas sentenças citadas, resulta também alguma indefinição acerca da relação que releva para efeitos da aplicação da liberdade de estabelecimento. Enquanto em *Lasertec*, como se viu anteriormente, bastou uma “participação substancial”, “superior a vinte e cinco por cento”, para considerar que a situação se incluía na liberdade de estabelecimento e não na liberdade de capitais, no caso *Thin Cap Glo* o tribunal dá como critério, para que a situação entre as duas entidades se possa reger pela liberdade de estabelecimento, o de que a mutuante “controle” a mutuária, no sentido de deter o poder de influenciar a sua escolha de financiamento⁷⁴.

Pela mesma ordem de razões, o tribunal considera não aplicável a liberdade de estabelecimento a uma situação em que o empréstimo é concedido a uma entidade residente num Estado-Membro *A*, por uma sociedade residente

72 No caso específico do direito alemão o aspecto mencionado não será relevante, pois a norma alemã sobre subcapitalização aplica-se independentemente da residência do mutuante.

73 TJCE, C-524/04, § 99.

74 TJCE, C-524/04, § 31.

num país terceiro mas através de uma sucursal estabelecida num Estado-Membro B, quando ambas as sociedades são controladas por uma terceira C residente num país terceiro⁷⁵. Uma vez que a sociedade C controla a sociedade mutuante, considera-se que a decisão de investimento na sociedade mutuária pertence e é controlada por essa sociedade C. Por conseguinte, é a liberdade de estabelecimento de C, sediada num país terceiro, que é afectada pelas normas de subcapitalização. Logo, a situação não fica abrangida nem pelo princípio de liberdade de circulação de capitais, nem pelo princípio da liberdade de estabelecimento, pois este não se aplica quando está em causa a liberdade de estabelecimento por parte de uma entidade residente num país terceiro.

4 Notas Finais

No direito dos tratados bilaterais, tradicionalmente, o princípio de não discriminação tem sido visto como não implicando uma igualdade de tratamento entre residentes e não residentes. Por este motivo, os regimes de subcapitalização baseados numa diferença de tratamento em função da residência do mutuante não eram considerados incompatíveis com os tratados. Por influência, em parte, da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no entanto, este entendimento foi sendo mitigado, estando hoje plasmada nos “Comentários” à Convenção Modelo a interpretação de que, em matéria de medidas anti-subcapitalização, a diferenciação em função da residência do mutuante só é admissível em certas condições. Condições estas que se podem sintetizar na existência de um arranjo artificial, de acordo com a concepção geral de que a partilha da competência para tributar se deve fazer com base no princípio da plena concorrência. Uma evolução confluyente com esta verificou-se, entretanto, no direito da União Europeia. Pode assim afirmar-se que, actualmente, vigoram nos dois subsistemas regras em tudo similares, com a importante ressalva de que as interpretações plasmadas nos “Comentários” à CMOCDE são uma espécie de *soft law*, sem verdadeiro valor jurídico. No entanto, esta similaridade não pode, por um lado, deixar de ser um factor de aproximação na jurisprudência dos dois subsistemas e, por outro lado, produzir também uma evolução no próprio princípio de não discriminação dos tratados bilaterais. Enquanto isto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias põe a descoberto a existência de inúmeras dificuldades no conceito de arranjo ou expediente puramente artificial como princípio ordenador dos regimes anti-subcapitalização. Por tudo isto, as balizas em que pode mover-se a actuação dos Estados na defesa contra a subcapitalização apresentam-se actualmente incertas e instáveis.

75 TJCE, A C-524/04, § 100.